Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Civiliſtiſche Bemerkungen.

Von

Herrn Dr. **Haimberger**,
Profeſſor der Rechte an der Univerſität Wien.

1. Ueber die Verjährung der Klagen der Minderjährigen und die Erſitzung ihrer Gegner.

Bekanntlich herrſcht unter den Rechtslehrern über dieſen Gegenſtand noch immer eine bedeutende Meinungsverſchiedenheit. Es dürfte daher nicht unangemeſſen ſeyn, die hierüber beſtehenden Grundſätze nach den Quellen im Zuſammenhange darzuſtellen.

Daß bei Veräußerungen der Pupillengüter während der Unmündigkeit nach c. 3. C. VII. 39. *de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* keine Verjährung laufe, iſt heut zu Tage ziemlich allgemein anerkannt [1]).

Was aber Rechtens ſey, wenn der Pupill mündig wird, oder wenn die Sache eines Mündigen widerrechtlich veräußert wurde, darüber ſind die Rechtslehrer nicht einig. Während Einige [2]) behaupteten, daß die Sachen der Minderjährigen während der Minderjährigkeit gar keiner, nach derſelben aber der ordentlichen Erſitzung unterworfen ſeyen; vertheidigen die Meiſten ganz richtig [3]), daß die Sachen der Minderjährigen

1) Vgl. Thibaut im Arch. f. Civ. Prax. IX. 3. S. 404.

2) Z. B. Mackeldey in der VII. Aufl. ſeines Lehrbuches mit Berufung auf c. 3. C. VII. 35. quib. non objic. longi temp. praescr.

3) Z. B. Thibaut's Pandect. VII. Ausg. §. 1051. — v. Wening-Ingenheim Lehrbuch IV. Aufl. I. S. 320. Note u, und S. 329.

wohl nicht der ordentlichen, aber der außerordentlichen Erſitzung von 30 Jahren mit Einrechnung der Zeit der Minderjährigkeit unterliegen; doch iſt noch ſtreitig, ob dieß ausnahmslos Statt habe, oder nicht, und insbeſondere, ob nach dem neueſten Juſtinianeiſchen Rechte nicht eben ſo, wie nach dem älteren gegen Unmündige und Minderjährige die Uſucapion Platz greife (vgl. Note 12.).

Aus den Quellen ſcheint ſich folgendes Syſtem der Römer zu entwickeln: Die Klagen der Minderjährigen wegen widerrechtlich veräußerter Sachen verjähren der Regel nach binnen 30 Jahren vom Tage der Veräußerung an gerechnet. Und dieſe Verjährung allein hat Statt, wenn aus irgend einem Grunde die Erſitzung von Seite des Gegners nicht Platz greifen kann, alſo insbeſondere, wenn dieſer wußte, daß die Sache einem Minderjährigen zugehöre, indem ihm nun die zu einer Erſitzung nothwendige bona fides fehlt.

Dieſe 30jährige Verjährungszeit wurde aber durch Juſtinian beſchränkt, wenn Sachen des Minderjährigen von dieſem ſelbſt oder von deſſen Curator ohne obrigkeitliches Decret entgeldlich veräußert wurden, indem dergleichen Veräußerungen nach 5 Jahren von der Zeit der vollendeten Minderjährigkeit nicht mehr angefochten werden können [5]).

In ſo fern aber die Erforderniſſe der außerordentlichen Erſitzung eintreffen, unterliegen nothwendiger Weiſe die Sachen der Minderjährigen der außerordentlichen Erſitzung von 30 Jahren von dem Tage der Veräußerung an gerechnet,

---

Note e. — Mühlenbruch doctr. Pandect. 3. ed. T. II. §. 267. not. 6. — Günther princ. jur. rom. §. 321. e.

4) c. 3. C. VII. 39. de praescr. 30 vel 40 annor. „nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis, similiter ut aliis, annorum 30 intervalla sunt servanda.“

5) c. 3. C. V. 74. si major factus. Vergl. die nach unſerer Anſicht ſehr richtige Erklärung dieſer Stelle von Buchholtz in deſſen jur. Abhandlungen, Königsberg 1838, S. 254 und die folg.

weil eine ſolche außerordentliche Erſitzung im Grunde nichts anders iſt, als die mit der Redlichkeit des Beſitzers verbundene Erſtinctiv-Verjährung.

Die *longi temporis praescriptio* von 10 oder 20 Jahren fängt erſt nach erfolgter Volljährigkeit zu laufen an [6]).

Treffen aber die Bedingungen der Uſucapion ein, ſo hatte dieſe unbezweifelt nach älterem Rechte auch während der Unmündigkeit und Minderjährigkeit Statt, und wurde bei beweglichen Sachen durch den Beſitz während eines, bei unbeweglichen während zweier Jahre vollendet, gegen welche Uſucapion ſich der Minderjährige nur durch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſchützen konnte [7]).

Wäre die Meinung unbezweifelt richtig, daß nach den neueren Verordnungen Juſtinians (c. un. C. VII. 25. *de nudo jure Quir. toll.* — c. un. C. VII. 31. *de usucap. transform.*) in Fällen, wo nach dem älteren Rechte zwiſchen der Uſucapion und Präſcription Verſchiedenheiten beſtanden, die Beſtimmungen der Präſcription gelten ſollten [8]); ſo wäre es auch keinem Zweifel unterworfen, daß nach der in der Note 6 erwähnten Conſtitution [9]) die Zeit der Minderjährigkeit, während welcher Jemand eine der Uſucapion fähige Sache des Minderjährigen beſitzt, in die Erſitzungszeit nicht eingerechnet werden dürfe.

---

6) c. 3. C. VII. 35. quibus non objic. longi temp. praescr. Buchholtz zeigt in der angef. Abhandl. S. 257, daß das, was am Ende der in der vorigen Note citirten Stelle von Schenkungen geſagt wird, durchaus keine neue, ſondern nur eine der c. 3. C. VII. 35. entſprechende Verfügung enthalte.

7) Fr. 2. D. XXVII. 5. de eo, qui pro tut. — Fr. 2. §. 15. fr. 7. §. 3. D. XLI. 4. pro emtore. — c. un. C. II. 36. si advers. usucap. — c. 1—4. C. V. 73. si quis ign.

8) Vergl. Donell. Comm. V. 4.

9) c. 8. C. VII. 35. „non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari. Ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit.“

Doch glauben wir auch, ohne auf die Richtigkeit der angeführten Meinung bauen zu müſſen, durch die Verordnung Juſtinians vom Jahre 531 [10]) beweiſen zu können, daß gegen Minderjährige während der Dauer der Minderjährigkeit keine Uſucapion mehr Statt finde [11]). Zunächſt heißt es in dieſer Conſtitution wohl nur, daß die Zeit, binnen welcher die exceptio non num. pecuniae anzuſtellen iſt, während der Minderjährigkeit nicht laufe, damit nicht, wenn erſt die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand begehrt werden muß, ein Hinderniß eintrete, wegen deſſen der Minderjährige ſich dieſer Rechtswohlthat nicht bedienen kann, oder deſſen Vermögen zu Grunde gehe. Doch wird Kraft der Billigkeit (humanius est) dieſe Verfügung auf alle Fälle ausgedehnt, in welchen das ältere Recht den Lauf der zeitlichen d. i. kürzeren als 30jährigen Verjährung geſtattete, dagegen aber die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zuließ. Hieher ſcheinen ohne Zweifel auch die alten (ſo wie die neuen) Uſucapionsfriſten zu gehören; denn wenn der Gegner des Minderjährigen in einem, oder in zwei Jahren eine Sache deſſelben uſucapirte, ſo erloſch dadurch natürlich das Klagerecht des Minderjährigen, wie überhaupt jede Erſitzung von einer Seite die

10) c. 5. C. II. 41. in quib. caus. in integr. rest. necessaria non est. „Sancimus favore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod hujusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia ejus subvertatur. Sed humanius est, latius eandum legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere. Melius et enim est, intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere, videlicet exceptionibus 30 vel 40 annorum in suo statu remanentibus.

11) Ob dieß hinſichtlich der Unmündigen nicht ſchon nach c. 3. C. VII. 39. de praescr. 30 vel 40 annor. der Fall war, wollen wir dahin geſtellt ſeyn laſſen

Verjährung der Klage von der andern Seite in ſich enthält. Und wenn nach Ablauf eines oder zweier Jahre der Minderjährige die von ſeinem Gegner erſeſſene Sache zurückfordern wollte; ſo würde dieſer die Erwerbung des Eigenthums durch Uſucapion, oder mit anderen Worten die Erlöſchung des Rechtes des Minderjährigen durch den Verlauf eines oder zweier Jahre, alſo eine temporalis praescriptio entgegenſetzen.

Und darf überhaupt ein Geſetz vermöge ſeines Grundes ausgedehnt werden, ſo muß dieß hier um ſo mehr geſchehen, da die Fälle, in denen die Minderjährigen durch Uſucapion ihr Eigenthum verloren, und dann erſt mittelſt der Wiedereinſetzung ſich helfen mußten, gewiß öfter vorkommen, und darauf ohne Zweifel der Grund paßt: »melius est, intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere.«

Ausdrücklich ſchließt Juſtinian die Einreden von 30 oder 40 Jahren aus, hinſichtlich welcher es beim alten Rechte, daß ſie auch während der Minderjährigkeit laufen, bleiben ſoll. Dieß kann ebenfalls einen Beweis für die hier vertheidigte Meinung liefern. Treffen nämlich die Erforderniſſe der außerordentlichen Erſitzung ein, ſo erliſcht nach 30 oder 40 Jahren nicht nur die Klage des bisher Berechtigten, ſondern deſſen Gegner erwirbt auch das Recht, welches früher dem Erſteren zuſtand. Hat nun Juſtinian hier nicht nur den Fall der bloßen erlöſchenden Verjährung, ſondern auch jenen der außerordentlichen Erſitzung vor Augen gehabt, warum ſollte es früher, wo er von der temporalis praescriptio ſprach, anders ſeyn? und zwar um ſo mehr, da er in einer anderen Stelle ausdrücklich unter der temporalis exceptio auch diejenige verſteht, quae per usucapionem est inducta [12]). Da

12) c. 30. C. V. 12. de jure dot. — „omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per 10 vel 20 annorum curricula.“ .... Das Nämliche vertheidigte auch Unterholzner in ſeiner Entwicklung der geſammten Verjährungslehre. Leipz. 1828, I. S. 126. A. M. iſt nebſt Andern neueſtens Buch-

alſo Juſtinian ſelbſt unter temporalis exceptio oder praescriptio diejenige verſteht, welche in Folge der Uſucapion Statt hat, ſo iſt gar nicht abzuſehen, warum man in unſerem Falle eine dem Grunde des Geſetzes durchaus widerſprechende Einſchränkung annehmen ſoll.

Das Reſultat wäre alſo folgendes:

I. Den Unmündigen läuft während der Unmündigkeit keine Verjährung ihrer Rechte, und es kann daher während derſelben Niemand gegen ſie erſitzen.

II. Die Rechte der Minderjährigen nach vollendeter Unmündigkeit verjähren der Regel nach nur durch einen 30jährigen Zeitraum, und eben ſo können ihre Gegner nur in einem ſolchen Zeitraume erſitzen.

III. Wurden aber Sachen der Minderjährigen bloß ohne obrigkeitliches Decret entgeldlich veräußert, ſo verjährt die Klage der Minderjährigen nach 5 Jahren nach erreichter Volljährigkeit, ohne daß dadurch nothwendiger Weiſe eine Erſitzung ihrer Gegner Statt hätte.

IV. Waren bei Erwerbung der Sachen eines Minderjährigen die Bedingungen der usucapio oder praescriptio longi temporis vorhanden, ſo können dieſe Sachen binnen 3, 10 oder 20 Jahren nach vollendeter Minderjährigkeit erſeſſen werden, und in eben dieſem Zeitraume erlöſchen die entſprechenden Klagen der Minderjährigen, wenn dieſelben nicht ſchon früher nach S. II. oder III. erloſchen ſind.

---

holtz, indem er in der oben angef. Abhandlung Note 23. a. ſagt: „denn auch im neueſten Juſtiniaeniſchen Rechte müſſen wir die usucapio in den nicht zu veräußern verbotenen Sachen der Minderjährigen ſchon während der Minderjährigkeit für zuläſſig erklären. Der gleichen Meinung, wie Buchholtz, iſt Hufeland in ſeinem Lehrbuche des Civil-Rechtes II. §. 483. a., ſo wie Reinhardt in ſeinem Werke: die usucapio und praescriptio des R. Rechtes. Stuttgart 1832, S. 202.

2) Zu c. 11. C. VIII. 18. *qui potior. in pign.*

Ob die Eintheilung der Pfandrechte in öffentliche und nicht öffentliche auf alle Pfandrechte gehe, oder ſich bloß auf die conventionellen beſchränke, iſt noch immer, auch nach der zweiten Beweisführung Löhr's [1]) für die erſtere Meinung beſtritten, indem z. B. Mühlenbruch in der dritten Auflage ſeines Pandectenrechtes [2]) die letztere Meinung vertheidigt.

Ein Hauptargument v. Löhrs hinſichtlich eines unvermeidlichen Zirkels bei Ausübung des Pfandrechtes nach dieſer letzteren Anſicht ſcheint aber keineswegs über allen Zweifel erhaben. v. Löhr gibt folgendes Beiſpiel an: A erhält eine vertragsmäßige Privat-Hypothek auf 1000, B eine ſpätere geſetzliche auf 800, C eine noch jüngere vertragsmäßige öffentliche auf 1200, und das Vermögen des Schuldners beſteht nur aus 1200. Nach Löhr's Meinung würde alſo C ſeine völlige Befriedigung, A und B würden aber nichts erhalten, indem das öffentliche Pfand des C den Vorzug nicht nur vor dem conventionellen Privat-Pfande des A, ſondern auch vor dem geſetzlichen Pfande des B, welches durch keine öffentliche Urkunde erwieſen werden kann, hat. Nach der gegentheiligen Meinung, fährt v. Löhr fort, nimmt dem A ſein Recht der C, dem C der B, und dem B wieder der A, dem A wieder der C, und ſo fort in einem Zirkel, welcher kein Ende hat. Gegen Beckmann's Anſicht, daß C an die Stelle des A getreten ſey, und daß er deßhalb den B ausſchließe, wird eine Stelle des Paulus [3]) angeführt, und daraus folgender Schluß gezogen: „Paulus mißbilligt ausdrücklich die Anſicht derjenigen Juriſten, deren Ausſpruch der Beckmann'ſchen Anſicht günſtig war, und rechtfertigt ausführlich den entgegenſtehenden Geſichtspunkt, nach dem der ins

1) Arch. f. Civ. Prax. XII. 2. N. 9.

2) II. §. 310. Note 3.

3) Fr. 16. D. XX. 4. qui potior. in pign.

Unendliche gehende Zirkel nicht zu vermeiden iſt.“ Weil alſo Paulus hinſichtlich unſerer Frage jenen Geſichtspunkt rechtfertigt, nach dem der ins Unendliche gehende Zirkel nicht zu vermeiden iſt, und weil dieſer Zirkel nothwendig angenommen werden müßte, wenn ein conventionelles öffentliches Pfand bloß conventionellen und nicht auch geſetzlichen Privat-Pfändern vorginge, ſo muß die Meinung angenommen werden, daß öffentliche Pfänder jedem Privat-Pfande, es möge ein vertragsmäßiges oder geſetzliches ſeyn, vorgehen. So, wenn ich nicht irre, muß der Schluß lauten, welchen v. Löhr aus der angeführten Stelle des Paulus zieht.

Doch mir ſcheint es natürlicher, dieſelbe ſo auszulegen: Paulus mißbilligt die Anſicht jener Juriſten, welche ſagten, der dritte Pfandgläubiger, welcher den erſten beſiegte, trete an deſſen Stelle, und ſchließe (in ſo weit er an deſſen Stelle tritt) auch den zweiten Pfandgläubiger aus, und vertheidigt dagegen folgende Anſicht: der dritte Pfandgläubiger, welcher den erſten beſiegte, hat kein Vorzugsrecht vor dem zweiten, und der zweite, welcher wider den dritten ſiegte, hat kein Vorrecht vor dem erſten. Dieſe Anſicht enthält offenbar, wie v. Löhr mit Recht bemerkt, einen Zirkel, denn dem erſten Pfandgläubiger nimmt ſein Recht der dritte, dieſem der zweite, und dieſem wieder der erſte u. ſ. w. Ein ſolcher Zirkel, nach welchem Niemand etwas bekommen kann, iſt eine Ungereimtheit; da aber jedes Geſetz ſo auszulegen iſt, daß es keine ſolche enthalte, ſo bleibt uns von dem benannten Fragmente nur jener Theil als Norm, wo es heißt: »fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere,» woraus folgt, daß in unſerem Beiſpiele C an die Stelle des A tritt, und folglich 1000 bekömmt. Man ſage dagegen nicht, daß wir dadurch auch ſtillſchweigend deſſen Vorzug vor dem Pfandgläubiger B behaupten, denn ſonſt müßte C ſeine vollen 1200 bekommen, aber B erhält nach unſerer Meinung 200 [4]). Auch kann ſich B hierüber nicht

4) Fr. 3. in fin. D. XX. 3. quae res pign. saepe enim, quod

beklagen, denn wäre C gar nicht hinzugekommen, ſo würde er ebenfalls nur 200 erhalten haben, und das Verhältniß des B wird daher nach unſerer Anſicht durch den Hinzutritt anderer Pfandgläubiger gar nicht modificirt, was gewiß einer zweckmäßigen Rangordnung der Pfänder angemeſſener iſt, als das aus der entgegengeſetzten Meinung abgeleitete unbedingte Vorzugsverhältniß, und ſchon deßhalb, wenn nicht überwiegende Gründe dagegen ſind, angenommen werden muß.

Fritz in ſeinen Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch meint[5]), daß das Argument Löhr's, vermöge welches unſere Anſicht zu einem unvermeidlichen Zirkel führe, nicht beweiſend ſeyn dürfte, daß aber allerdings der Hauptgrund deſſelben, die Verordnung Leo's beziehe ſich auf jene Pfandgläubiger, welche ex idiochiris vindicant jus pignoris, und auf diejenigen, welche instrumentis publice confectis nituntur, und man könne dieſe Ausdrücke nicht auf Conventional-Pfandrechte beſchränken, ſondern man müſſe ſie auch von den geſetzlichen u. ſ. w. verſtehen, bei welchen das die Verpfändung herbeiführende Factum durch eine Urkunde dargethan wird, vollkommen beweiſend ſey.

Ich erlaube mir, hierüber meine Anſicht auszuſprechen. In der erſten Abtheilung der Conſtitution Leo's redet dieſer Kaiſer offenbar von dem Beweiſe eingegangener Verträge mittelſt ſchriftlicher Urkunden, und ſagt, es ſey gleichgültig, ob die Urkunde von dem Schuldner ganz eigenhändig geſchrieben, oder nur unterſchrieben ſey, oder Zeugen beigezogen wurden, oder nicht, ob dieſe Zeugen Tabularien ſeyen oder nicht — ungeachtet ſie durch Beiziehung von Tabularien

---

quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Würde C unbedingt befriedigt werden müſſen, ſo wäre deſſen Sieg gegen A auch ein Sieg gegen B, der doch durch den Streit zwiſchen C und A nicht berührt wird, und alſo für jeden Fall ſo viel bekommen muß, als wenn zwiſchen A und C gar kein Vorzugsproceß Statt gehabt hätte.

5) II. S. 521. Note 265.

gleichſam als öffentliche Urkunden anzuſehen ſeyen (quasi publice conscriptas). — Nur, heißt es weiter in dem letzten Satze der angeführten Conſtitution, wenn Jemand ſein Pfandrecht durch dergleichen Urkunden (*hujusmodi* instrumentis), alſo wohl durch ſolche, wie oben angeführt wurden, beweiſet, ſoll unter eigenhändig geſchriebenen oder nur unterſchriebenen, mit Zeugen verſehenen oder nicht verſehenen Urkunden diejenige, wenn auch der Zeit nach jüngere, den Vorzug haben, welche eine öffentliche iſt, d. i. nach dem Vorderſatze, welche von Tabularien unterſchrieben wurde [6]). Und wenn der Kaiſer in dem ganzen Vorderſatze nur von dem Beweiſe der Rechte ſpricht, welche aus Verträgen entſtehen; kann man wohl annehmen, daß er in dem Nachſatze von anderen Pfandrechten ſpreche, als jenen, welche durch Vertrag entſtanden ſind? Glück fand daher [7]) auch dieß ſo klar, daß er ohne allen Beweis ſagt: „augenſcheinlich bezieht ſich dieſe Verordnung nur auf die Conventional-Pfänder." Auch mir ſchien es ſo, bis v. Löhr's ſcharfſinnige gegentheilige Ausführung mich ſchwankend machte; allein bei näherer Prüfung glaube ich noch immer, Glück's Meinung ſey die richtige. Abgeſehen von dem erwähnten Grunde der Gleichartigkeit der Urkunden im erſten und zweiten Satze, heißt es in der erwähnten Conſtitution ferner, den öffentlichen Urkunden ſollen in der Wirkung jene gleichſtehen, welche wohl Privat-Urkunden ſind, aber von drei oder mehreren Männern erprobten unbeſcholtenen Rufes unterſchrieben wurden. Bei welchen Pfändern wird oder kann man aber drei Männer als Zeugen bei der Unterſchrift zuziehen? Offenbar nur bei vertragsmäßigen; Leo hatte alſo hier wieder nur die Conventional-

6) Die tabularii werden ausdrücklich in den Quellen publicae personae, und die von ihnen ausgefertigten Urkunden instrumenta publice confecta genannt, z. B. c. 32. C. I. 3. de Ep. et Cler., doch hatten auch manche obrigkeitliche Behörden ein jus actorum und fidei publicae, vgl. Glück XVIII. S. 287.

7) XVIII. S. 285.

Pfänder im Sinne, und es ſcheint ein Widerſpruch zu ſeyn, die letzteren Worte „tunc enim quasi publice confecta accipiuntur“ bloß auf die vertragsmäßigen Pfänder zu beziehen — und nur auf dieſe können ſie bezogen werden — den erſten Theil des Satzes aber „eum, qui instrumentis publice confectis nititur“ auch auf gerichtliche, geſetzliche und teſtamentariſche Pfänder anzuwenden.

v. Löhr ſagt [8]): „Dasjenige Pfandrecht iſt ein öffentliches, bei welchem das Factum der Verpfändung, d. i. die das Pfandrecht begründende Thatſache, oder, wenn es mehrere ſind, alle zuſammen, durch öffentliche Inſtrumente nachgewieſen werden kann, ein Privat-Pfand, bei welchem dieß nicht der Fall iſt.“ Und etwas weiter: „Die — von Franke — angeſchuldigte Inconſequenz freilich ſcheint auf dem Mißverſtändniſſe zu beruhen, als nähme ich an, daß bei den geſetzlichen Pfändern, nicht aber bei den conventionellen, auch der Beweis der Forderung durch öffentliche Inſtrumente zu führen ſey. Allein wo ſage ich dieß?“

Daraus folgt, daß v. Löhr nicht nur den Beweis des Pfandrechtes, ſondern auch den Beweis der Hauptſchuld durch eine öffentliche Urkunde fordere. Ich zweifle, ob dieß den Worten Leo's entſprechend ſey, es heißt nur: „sin jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit,“ wie ſollte hier unter jus pignoris vel hypothecae nicht nur das dingliche Pfandrecht, ſondern auch die perſönliche Forderung, die oft lange vor dem beſtellten Pfandrechte beſteht, begriffen werden müſſen, da doch ſonſt unter jus pignoris nur das dingliche Recht, abgeſehen von der perſönlichen Forderung, verſtanden wird? [9]) v. Löhr ſagt ſelbſt: „es iſt klar, daß hier von keinem Concurſe, keiner Rangordnung der Pfandgläubiger, ſondern nur von dem

8) Arch. XII. 2. S. 163.

9) Z. B. fr. 12. §. 1. D. XII. 6. quib. modis pign. vel hypoth. solv.

Verhältniſſe des Klägers und des Beklagten und der Bedeutung der von Beiden geführten Beweiſe die Rede iſt." Es ſtehen ſich alſo, wie ich ſelbſt gerne zugebe, zwei Pfandgläubiger gegenüber, von denen derjenige ſiegt, qui instrumentis publice confectis nititur [10]).

Es iſt wohl kaum beſtritten, daß ein Pfandgläubiger gegen einen andern Pfandgläubiger der Regel nach nur ſein Pfandrecht, nicht aber die Forderung, auf welche ſich jene bezieht, zu beweiſen habe, indem das, was kein Gegenſtand des Klagbegehrens iſt, auch kein Gegenſtand des Beweiſes ſeyn kann. Die beiden gegen einander Streitenden haben alſo bei der Verfolgung des Pfandrechtes durch Urkunden nur jene Urkunde vorzuweiſen, welche das Pfandrecht beweiſet, keineswegs aber jene, wodurch die Forderung bewieſen wird. Nur die geſetzlichen Pfänder bilden aus der Natur der Sache eine Ausnahme, denn da hier die Verpfändung auf dem Geſetze beruht, das Geſetz aber nur für gewiſſe Forderungen ein Pfandrecht ertheilt, ſo muß es gewiß ſeyn, ob eine ſolche Forderung beſtehe, womit das Geſetz ein Pfandrecht verbindet. Wann alſo bei geſetzlichen Pfändern die Forderung auf einer öffentlichen Urkunde beruhen ſoll, um einen Vorzug vor anderen Pfändern, welche ſich nicht auf ſolche Urkunden ſtützen, zu haben, bei Conventional-Pfändern es aber gar nicht nothwendig iſt, gegen den gegneriſchen Pfandgläubiger die Forderung darzuthun; ſo ſcheint allerdings bei der gegentheiligen Meinung die von Franke gerügte Inconſequenz vorhanden zu ſeyn.

Endlich glaube ich auch, daß es richtig ſey, wenn Franke ſagt [11]), daß geſetzliche Pfandrechte bei der entgegengeſetzten Meinung v. Löhr's ihren Werth verlieren würden, weil in den meiſten Fällen ein Beweis der Forderung durch öffentliche Urkunden ganz undenkbar iſt. Will alſo Jemand ſeine

10) Arch. XII. 2. S. 163.

11) Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, Göttingen 1828. S. 108.

früheren Pfandgläubiger verkürzen, ſo braucht er nur neue, den Werth der Pfandſache, oder vielleicht ſein Vermögen überſteigende Schulden zu contrahiren, dieſen Gläubigern aber ein öffentliches Pfandrecht zu ertheilen, und die früheren geſetzlichen Pfänder ſtehen ſchutzlos da.

Man ſage dagegen nicht, es ſey auch in der Macht des Schuldners, ſeine früheren Pfandgläubiger aus einem Vertrage, die nur ein Privat-Pfand haben, auf die nämliche Weiſe zu verkürzen, wenn er einem neuen ſpäteren ein öffentliches Pfandrecht ertheilt. Denn dagegen kann ſich jeder frühere Pfandgläubiger ſchützen, indem er ſich ſelbſt ein öffentliches Pfandrecht beſtellen läßt, ja, wenn er vorſichtig ſeyn will, muß er dieß thun. In allen Fällen aber, wo ein geſetzliches Pfand ohne Vertrag entſteht, iſt dieß dem Pfandgläubiger aus dem Geſetze zu bewerkſtelligen gar nicht möglich, z. B. bei dem Pfandrechte der Kirche wegen Verſchlechterungen des Erbpachtgutes u. ſ. w., und doch bezweckt in ſolchen Fällen das Geſetz eine beſondere Begünſtigung der Gläubiger, welche geſetzliche Begünſtigung der Schuldner ganz vereiteln könnte.

Es ſcheint daher nicht, daß die Auslegung eines Geſetzes, wodurch ein anderes Geſetz nach Willkühr umſchifft und wirkungslos gemacht werden kann, die richtige ſey.

Wenn v. Löhr gegen Schweppe, der ebenfalls das eben genannte Bedenken vorbringt, erinnert [12]), daß deſſen Anſicht auf einer Verwechſelung der Beſtellung mit dem Beweiſe der Pfandrechte beruhe, ſo glaube ich bemerken zu dürfen, daß es wohl wahr ſey, daß unſere Conſtitution bloß von dem Beweiſe des Pfandrechts handle, daß dieſes aber nur auf jene Art bewieſen werden könne, auf welche es entſtand. Wenn alſo die Beſtellung des Pfandrechtes nicht mittelſt einer öffentlichen Urkunde Statt hatte, ſo kann man auch bei dem Beweiſe deſſelben ſich auf keine öffentliche Urkunde

12) Arch. f. Civ. Prax. XII. 2. S. 165.

berufen; wurde aber das Pfandrecht durch eine öffentliche Urkunde begründet, ſo wird man auch beim Beweiſe deſſelben ſich auf dieſe beziehen. Was alſo in Betreff auf den Vorzug vom Beweiſe gilt, muß auch von der Beſtellung gelten, da der Beweis ſich nach der Art der Beſtellung richtet. Wenn daher z. B. das ältere geſetzliche Pfandrecht der Kinder erſter Ehe an dem Vermögen des überlebenden oder zur zweiten Ehe ſchreitenden Aelterntheile, indem es ſeine Entſtehung keiner öffentlichen Urkunde verdankt, auch nicht durch eine ſolche beweiſen werden kann, ſo liegt die Möglichkeit der Verkürzung, wenn man v. Löhr's Anſicht billiget, offen am Tage, da ja ein ſpäterer Conventional-Pfandgläubiger, dem ſein Pfand in einer öffentlichen Urkunde beſtellt wurde, dieſes auch mittelſt derſelben beweiſen kann.

X.

Ueber den ſogenannten abgeleiteten Beſitz.

Von

Herrn Geheimen Hofrath und Profeſſor Dr. **Roßhirt** in Heidelberg.

v. Savigny in der ſechsten Ausgabe ſeines berühmten Buches S. 144. erwähnt, daß der Verfaſſer dieſer Zeilen zuerſt den Ausdruck „abgeleiteter Beſitz" bedenklich gefunden habe, aber daß auch Thibaut in dieſem Punkte ſeine (v. Savigny's) Anſicht vollkommen billige. Puchta in einer Recenſion in Richters kritiſchen Jahrbüchern S. 678. ſagt: der Ausdruck „abgeleiteter Beſitz" ſey einer der beſten Kunſtausdrücke, die erfunden worden ſind, da er das Weſen der Sache ſelbſt vollkommen beſtimmt, und meint, das Schickſal